

Er hjemfallsfritak statsstøtte etter EØS-avtalen? En rettsøkonomisk analyse av NOU 2004:26 – Hjemfall*

Peter Ørebech^A

Sammendrag

Et offentlig tiltak er ulovlig statsstøtte når det påvirker samhandelen i EØS, jf. EØS-avtalen art. 61(1). Mens Hjemfallsutvalget (*NOU 2004:26 Hjemfall*) mener at hjemfallsfrie verk mottar «støtte» er mitt syn at hjemfallet ikke gir Norge noe konkurransefortrinn i Nord-Pool. Hjemfallet er et «draw back» som alene rammer norsk el-industri. Tapet tas uansett ikke av privat kjøper av fallrettigheter, men av opprinnelige eier. Privat kjøper er vernet av en gunstigere nedskrivingsordning enn offentlige anlegg uten hjemfall, som motvirker konkurransemessige ulemper grunnet hjemfallet. Angrepet på hjemfallsordningen er trolig begrunnet i uproduktiv profittsøking (DUP) dvs. et forsøk på sikring av vindfallsgevinsten etter 60 års drift.

1 INTRODUKSJON

Påvirker hjemfall for private norske kraftverk samhandelen i EØS? Mottar hjemfallsfrie verk en «støtte»? I *NOU 2004:26 Hjemfall* heter det: «Utvalgets EØS-utreder mener at ved omlegging av hjemfallsreglene, må meddelte konsesjoner til private omgjøres og likestilles for å være i overensstemmelse med statsstøtteregelverket».¹ Verken ESA² eller jeg deler denne oppfatning.³ Er dette kun forsøk på uproduktiv profittsøking (DUP) dvs. sikring av vindfallsgevinsten ved 60 års drift?⁴ Om norsk hjemfallsfritak for offentlig eide kraftverk er statsstøtte, reguleres av EØS-avtalen art. 61(1):

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være

* Takk for kyndig hjelp til økonomiske resonneringer av økonomene Olav Flåten og Terje Vassdal ved Universitetet i Tromsø. Arbeidets premisser og konklusjoner – i den grad det måtte være feil og mangler – kan imidlertid tilskrives forfatteren alene.

^A Peter Th. Ørebech er førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø.

¹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 20 sp. 1.

² Statsstøtte er ikke nevnt med et ord. Se stevning for EFTA domstolen av 6 juli 2006 ESA v. Norway, se også EFTA Surveillance Authority (ESA) (2002)..

³ I motsatt retning utvalget «Forholdet til statsstøtte vurderes ikke [i ESA]. Dette utelukker ikke at ESA på et senere tidspunkt kan gjøre gjeldende at deler av konsesjonsordningen innebærer ulovlig statsstøtte», se NOU 2004:26 Hjemfall s. 229 sp. 2 (vedlegg 3). EØS -rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet. Dette er feil, fordi stevninger mot medlemsland er ESA's «endelige syn på overtredelsen.» se Graver, H.P. og Sverdrup, U (2002) s. 6.

⁴ Se NTB melding 27.04.2006: Hydro-konsernet har drevet lobbyvirksomhet i Brussel overfor EFTAs overvåkingsorgan ESA. Målet er å fjerne hjemfallsordningen i Norge.

uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene».

Mitt fokus er statsstøtte i en rettslig og ikke markedsteorisk setting, in casu om hjemfallet gir konkurransevridding i EØS-markedet (Nord-Pool). Kun da er subsidieringen ulovlig. Utenfor faller hjemfallsfritak som konkurransevridding mellom nasjonale verk (art. 53 og 54) og konsekvenser tildelt før 1. januar 1994 – EØS-avtalens ikrafttreden.

Som en forpostfektning (pkt. 3) nevnes at pekuniære handikap av hjemfall for privat eide verk kan balanseres ved skatt på kommunale fordeler eller grunnrentelege. Evt. kan private i stedet for foregrepet hjemfall selge verk til kommuner før det 60. år, forutsatt at staten gir hjemfallsfritak. Staten kan ta forsømt vedlikehold før det hjemfalte verk tilbakeselges eller leies. Kraftprisen kan beholdes som før. I fortsettelsen ser jeg bort i fra slike alternativer.

Hovedkonklusjonen er at utvalget blander mellomstatlig konkurranse (art. 61(1)) med bedriftspesifikk forskjellsbehandling (art. 53 og 54).⁵ NOU'en vinkler analysen mot konkurransevridding nasjonalt, i stedet for det som er tema etter art. 61, nemlig om norske hjemfallsfritak ulovlig begunstiger norsk kraft en mass på bekostning av utenlandsk. Hvis fritaket, slik utvalget hevder gir «en generell lettelse»⁶ for norsk kraftindustri, er dette motsatt av statsstøtte, dvs. et handikap som kun rammer Norge som eneste land med hjemfall.

Subsidiært anføres at hjemfall ikke gir finansiell ulikhet i form av nedprising av kraft og påvirkning av elmarkedet. Mens utvalget ser kostnadsforskjeller i hjemfallsfritak som subsidier, fokuserer investor på om aksjekjøp gir spekulasjonsgevinst. NOU'en overser at private betaler mindre for vannfallet enn de kommunale, pga. hjemfallet. Opprinnelig eier og ikke utbygger tar hjemfallstapet, hvilket fjerner private kjøpers angivelige handikap. Videre gjelder at private tilbys bedre inntjening i 60 års perioden enn kommunene pga. kortere avskrivningstid (skatte-lov 26. mars 1999 § 18-6(1) og (2) pkt. 4 E iv). Før analysen av om hjemfallsfritak er statsstøtte (pkt. 4) skal jeg se på NOU'en (pkt. 2) og tiltak for å berge hjemfallet (pkt. 3).

2 HJEMFALL SOM STATSSTØTTE: HVA MENER HJEMFALLSUTVALGET?

Hjemfall påvirker «konkurransen på markedet for elkraft».⁷ Den hjemfallspliktige «må således overføre betydelige økonomiske verdier til staten», noe som for hjemfallsfrie verk betyr at «staten ... gir avkall på inntekter», hvilket kreves for å være statsstøtte.⁸ «Ulike vilkår om hjemfall i forhold til offentlige og private aktører vil gi offentlige aktører en lettelse i de byrder de er pålagt ... som innebærer økonomiske fordeler sammenlignet med den hjemfallsplikt private aktører pålegges ... Denne fordelene representerer statsstøtte».⁹ Hvis støtten «gir mottakeren en konkurransefordel vil det være nok å vise at støttemottakeren er involvert i grenseoverskridende handel eller møter konkurranse fra foretak fra andre medlemsstater for at samhandelskriteriet skal anses oppfylt». (Se pkt. 4A ii)¹⁰

Vilkår om hjemfall «innebærer økonomiske fordeler» for offentlige aktører.¹¹ Det er en ulovlig støttefølge fordi hjemfallet vanskeliggjør «etableringen av nye foretak på markedet»,¹² noe som medfører at offentlig eier kan «optimalisere sine investeringsbeslutninger m.v. på en måte som private aktører ikke kan, og ulike vilkår om hjemfall vil da være egnet til å vri konkur-

⁵ NOU 2004:26 Hjemfall s. 82 sp. 2 sammenlignet med s. 232 sp. 2, se også s 239 sp.1, jf. s. 20 sp.1.

⁶ NOU 2004:26 Hjemfall s. 82 sp. 2.

⁷ ESA derimot legger ikke til grunn at hjemfall er ulovlig støtte av offentlig eiere i kraftmarkedet. NOU 2004:26 Hjemfall s. 229 sp. 2 (vedlegg 3). EØS -rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet.

⁸ Op.cit. s. 229 sp.1.

⁹ Op.cit. s. 235 sp.2.

¹⁰ Op.cit. s. 234 sp.1.

¹¹ Op.cit. s. 235 sp.2.

¹² Op.cit. s. 233 sp.2.

ransen» (uth.her).¹³ Vridningen gir ineffektivitet,¹⁴ hevdes det, fordi kraftverk «kan oppnå tilsynelatende tilfredsstillende resultater selv om ressursbruken ikke er effektiv, fordi grunnrenten nyttes til å finansiere ineffektiv drift eller ulønnsomme investeringer».¹⁵ NOU'en sikrer at den som får mest ut av ressursene vil ha høyeste betalingsvilje for kraftverk. Hva det effektive består i, drøftes ikke her.¹⁶ Dette anses her som det eneste udiskutable gode.¹⁷

Utvalgets plattform finnes i begrepet «samme rammebetingelser».¹⁸ Det bærende element er at «[g]jeldende konsesjonsregler innebærer at norske offentlige eide selskaper kan tilby mer enn private og utenlandske investorer for den samme aksjeposten, ettersom et vannfall med ubegrenset konsesjon er mer verdt enn et vannfall med tidsbegrenset konsesjon med hjemfall» Forskjell i kraftverks verdi pga. hjemfallet rammer dem «som er mest effektive».¹⁹ Utvalget antar at «et viktig krav [er]... at alle som ønsker å kjøpe andeler i et kraftverk må stå overfor de samme rammevilkår».²⁰ «At hjemfallsinstituttet er et virkemiddel for at staten skal kunne inn-dra deler av grunnrenten understreker at hjemfallsplikten har en økonomisk begrunnelse, og skal inndra økonomiske verdier fra private foretak».²¹ Dette hevdes det, avskjærer private fra like lukrative oppkjøp som kommunene.

Utvalget tenker ikke kraftmarked, men markedet for kraftverk: «Dagens regelverk kan begrense mulighetene for omsetning. For en privat kjøper vil verdien av kraftverket ...»²². Videre heter det; «Det må antas at denne likebehandling av aktørene vil kunne bidra til et mer velfungerende marked for omstruktureringer og selskapskontroll. Sannsynligvis vil dette føre til at private og utenlandske interesser ... vil ... kjøpe vannfall med kraftanlegg i Norge».²³ Etablering av «et effektivt marked for eierandeler i kraftselskap, vannfall og kraftanlegg anser utvalget som en viktig premiss i denne sammenheng [God ressursbruk, verdiskapning og konkurranse]», dvs. utelukkende investeringsretten i kraftverk og berører ikke vareflyt over landegrensene, dvs. statsstøtte til kraftsalg (j.f. «påvirker samhandelen») som er tema her.

NOU'en anfører at «private og offentlige konsesjonærer [opererer] i et marked for elkraft som strekker seg over Norges grenser ... samhandelskriteriet vil således være oppfylt» (uth.her).²⁴ Så enkelt er det ikke. Forholdet til utlendingers rammevilkår må drøftes.

3 BEHOLDE HJEMFALLET? NOEN FORSLAG

Hvordan kan en berge fortsatt hjemfall? Kan private konsesjonær omgå ordningen (pkt. A)? Kan staten utlikne fordeler som følge av kommunalt hjemfallsfritak? (pkt. B).

¹³ Op.cit. s. 233 sp.2.

¹⁴ Op.cit. s. 70 - 71.

¹⁵ L.c.

¹⁶ For kritikk av effektivitetsmålet se Posner, R.A (2001): «the only goal of antitrust law should be to promote efficiency in the economic sense» (s. 2). «[E]fficiency is determined on the heroic assumption that a dollar is worth the same to everybody. This is what is called Kaldor-Hicks efficiency, potential Pareto efficiency, or wealth maximization. Although efficiency so defined cannot be considered the sole or a comprehensive measure of social welfare, it is an important component of social welfare and ... probably the only one that the antitrust laws can do much to promote» (s. 23).

¹⁷ Se dog Minow, M (2003) p. 1229: «Rather than achieving increased efficiencies and improved options, then, the privatization process risks reduced quality, unequal treatment, and outright corruption. Privatized programs ... can be grouped ... (a) dilution of public values, (b) potential mismatch between competition and social provision, and (c) dangers of divisiveness and loss of common institutions» (s. 1246).

¹⁸ NOU 2004:26 Hjemfall s. 71 sp. 1.

¹⁹ L.c.

²⁰ L.c.

²¹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 231 sp. 1.

²² NOU 2004:26 Hjemfall s. 77 sp.2.

²³ Op.cit.s. 83 sp.1.

²⁴ Op.cit. s. 240 sp.1, jf. s. 234 sp.1.

A Private tiltak

1. Private kan omgå hjemfallet ved salg av kraftverk til kommuner før utløpet av det 60. år. I så fall bortfaller hjemfallet med mindre staten vedtar å opprettholde hjemfallet (lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven) av 14. desember 1917 nr. 16 § 4 jf. § 2 nr. 22). Siden målet er å berge ordningen hvis den anses rettsstridig, (pkt. 4), bør staten frafalle hjemfallsvilkåret i konsesjonen. Forutsatt at salgssum er mer enn en krone vil private verk komme styrket ut av diskonteringseksempelet i pkt. 4E, ii.

Regelen om at Kongen kan frafalle betingelsene i den opprinnelige private konsesjon, medfører at staten taper inntekter sett i forhold til at private eiere sitter med verket helt til hjemfall. Dette kan imidlertid ikke anses som brudd på EØS art. 61(1).²⁵

2. En annen vei «rundt hjemfallet» er å tillate privat, fortsatt bruk av verket ved leie eller tilbakesalg etter 60 år. Av 22 hjemfall ble 4 anlegg kjøpt tilbake, 12 ble leid tilbake til fhv. eier, 6 verk ble overdratt til kommunale selskap. Det var 6 avtaler om foregrepet hjemfall.²⁶

Staten kan for eksempel ta evt. forsømt vedlikehold, utbygge og effektivisere verket og deretter selge eller leie det til opprinnelig konsesjonær.²⁷ Siden staten kontrollerer vilkårene for verkets videre bruk, kan ordningen tillempes slik at tidligere eier økonomisk stilles likt med kommunale verk. Eller en kan stipulere kraftprisen slik at utgiftene ikke øker i forhold til egenprodusert kraft fra før hjemfallet.²⁸ Prisen kan imidlertid ikke helt overlates til partene. Iht. EØS avtalen skal tilbakesalg skje til markedspris.²⁹ Slik også for leie³⁰

B Inndra kommunale fordeler?

EF-domstolen frakjenner statsstøtte virkning dersom den utliknes av et vederlag fra støtte-mottaker: «Vilkårene for dette er at mottakerens vederlag er markedsmessig, og at det rettslige grunnlaget for vederlaget er en gjensidig bebyrdende kontrakt, det vil si at ytelsen er frivillig».³¹ Forutsetter vi at kommunale krafteiere betaler grunnrente/leie fra det 60. år vil Norge unngå støtteanklage iht. EØS art. 61(1). NOU'en utreder ikke dette alternativ. Norge kan beholde gjeldende ordningen ved å inngå privatrettslige avtale om kommunalt vederlag

Alternativt kan bruk av skatt vis-à-vis kommunale verk redde hjemfallet. Siden siktemålet er pekuniær likhet kommunale og private verk innbyrdes, kan det innføres en skatt som utlikner mulig kommunal fordel utover de minimis-kravet,³² (se pkt. 4E i).

4 DEN FORVERREDE KONKURRANSE? NOEN TOLKNINGSMOMENTER

Mitt syn er at statstøtteinnsendingene i NOU'en ikke kan føre frem. Jeg skal her grunnngi standpunktet. For fullstendighets skyld tar jeg med både prinsipale og subsidiære analyser.

Hovedspørsmålet er om hjemfallsrett kan klassifiseres som statsstøtte iht. EØS-avtalen art. 61(1)? Ulovlig støtte³³ er det kun hvis denne er 1) gitt av «EFTA-statene» eller av «statsmidler

²⁵ Hansen, B.E (2004) s. 60.

²⁶ Omtalt NOU 2004:26 s. 189 flg.

²⁷ Et par slike tilfelle er omtalt i NOU 2004:26 s. 61, se pkt. 5.3.1.2.

²⁸ Jf. Bjølvo og Høyangervassdragene, anlegget drives av Statskraft og kraft leveres på «vilkår som tilsvare vilkårene for forlenget leieavtale», NOU 2004:26 s. 61.

²⁹ NOU 2004:26 s. 62, tilfellet Hofsfoss.

³⁰ Om ulovlig subsidiering etter EU-retten, se «Seedler» i Cuxhaven, som nedsarvet ble solgt til delstaten Niedersachsen, som etter at det var renoveret, leaset anlegget tilbake til bedriften for en slikk og ingenting, noe som var ulovlig statsstøtte, se Ørebech, P: (1992) s. 196.

³¹ Hansen, B.E (2004) s. 60.

³² Se EF-domstolen i sak 5/69 Volk v. Vervaceke [1969] ECR 295. For en juridisk analyse se Hansen, B.E (2004)

³³ Siden Utvalgets flertall (NOU 2004:26 Hjemfall s. 20 sp 1, jf. s. 230-32) legger dr.jur. Kolstads utredning (vedlegg 3) til grunn som sitt juridiske syn vil standpunktet i dette vedlegget anses som Utvalgets.

av enhver form»³⁴ som 2) ikke kommer alle til gode, 3) vrir konkurransen og 4) som påvirker samhandelen avtalepartene i mellom.³⁵ NOU'en legger til grunn at «[f]or at en støtteordning skal være forbudt etter art. 61(1) må alle vilkårene være oppfylt».³⁶ Er hjemfallet iht. vilkårene i denne bestemmelse «støtte» som «påvirker samhandelen mellom avtalepartene»?

Støttebegrepet har to sider: Den som yter, dvs. staten, og den som mottar, dvs. kommunale kraftverk. Støtten må medføre en korresponderende byrde for staten. Kravene er kumulative. Utvalget hevder at «[u]like vilkår om hjemfall i forhold til offentlige og private aktører vil gi offentlige aktører en lettelse i de byrder de er pålagt ... som innebærer økonomiske fordeler sammenlignet med den hjemfallsplikt private aktører pålegges ... Denne fordelene representerer statsstøtte».³⁷ Standpunktet inntas uten at samhandelsvilkåret er vurdert. Jeg ser på situasjonen for den som yter «støtten», dvs. staten (pkt. B) og så på støttmottaker, dvs. kommunene (pkt. C). Aller først klargjøres fundamentet for drøftingen (pkt. A).

A Er det ulovlig statsstøtte? Klargjøring av diskusjonsgrunnlaget

Hjemfallsordningen ble etablert i 1909. Hjemfall fra før EØS-avtalens ikrafttreden, 1. januar 1994, er ikke påvirket av EØS. Disse er således lovlige. Tema her er holdbarheten av utvalgets to grunnleggende standpunkter for konsesjoner nyere enn 1994, dvs. om hjemfallet hindrer etablering av nye foretak, både nye anlegg og kjøp av eldre kraftverk, og at hjemfallet ulovlig påvirker samhandelen i EØS. Selv om den første gjelder etableringsfriheten og ikke vareflyten i.e. elkraften, må dette diskuteres pga. NOU'ens syn på sammenhengen mellom antallet konkurrenter og prisen som forbruker betaler for kraften.

Settingen er det norske kraftsegmentets konkurransefordel i forhold til utlendinger pga. hjemfallsfritaket, dvs. konkurransevilkårene «between Contracting Parties» som følge av «State Aid», dvs. EØS art. 61(1) tilfellet. «Rules Applicable to Undertakings» (art. 53 og 54) faller utenfor. Vurderingene er kun tilsynelatende identiske. Det heter «may affect trade» (art. 53 og 54) og «affects trade» (art. 61). Det er forskjell på løs mulighet (art. 53) og klar årsaks-sammenheng (art. 61). Utvalget blander disse drøftelser.

Diskusjonen gjelder konkurransefortrinn for norsk kraft en masse i forhold til utenlandske konkurrenter, in casu om det er slik som utvalget tror, at hjemfallsfritak støtter offentlige kraftverk på en måte som skader utenlandske verk. Tema er om støtten til «enkelte foretak eller ... enkelte varer» som er et resultat av hjemfallsfritaket skal kunne påvirke («truer med å vri») prisen på kraft slik at det resulterer i konkurransevridning (art. 61(1)).

i Prisen på elkraft

Siden det er nasjonale tiltaks virkning på markedet som avgjør og ikke intensjonene,³⁸ blir hypotesen hvis NOU'en har rett: Det er rettsstridig statsstøtte å frafalle hjemfall i forhold til offentlige eiere fordi hjemfallet «vrir eller truer med å vri konkurransen». Kappestriden må gjelde prisen på elkraft i markedet, som «må påvirke samhandelen mellom EØS -landene».³⁹ Dvs. at det må påvises at hjemfallsfritaket for kommunale kraftprodusenter i det minste «the very circumstances in which the aid is granted»,⁴⁰ truer med å vri konkurransen i Nord-Pool. Har

³⁴ Op.cit. s. 232-234.

³⁵ Op.cit. s. 234sp.1.

³⁶ NOU 2004:26 Hjemfall s. 230 sp. 2.

³⁷ Dette er Utvalgets standpunkt, se NOU 2004:26 Hjemfall s. 235 sp. 2.

³⁸ Shaw, J (2000) s. 30.

³⁹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 230 sp.1.

⁴⁰ Leeuwardener Papierfabriek case [1985] ECR, 809, se paragraf 24.

private kraftverk dårligere konkurransekraft i krafthandelen som følge av hjemfallet? Utvalgets syn er at vi har en avansebasert næring der selv små kostnadsdifferenser mellom kommunale og private verk har avgjørende betydning. Dette er en fiksjon fordi næringen «er etterspørselsdrevet» (pkt. 4 E vii). Elkraft omsatt i Nord-Pool er en perfekt homogen vare. Hvis kraftprisen slik som i dag, overskrider kostnadsmarginene for selv hjemfallsbelagte verk, vil konkurransekraften for disse verk være tilnærmet lik i krafthandelen. Så lenge kraftprisen ikke er ned mot produksjonskostnivået har både private og offentlige aktører gode marginer. Private kan fritt velge å selge under prisen fra Statskraft eller kommunale verk.

Økt kraftproduksjonen i perioden 1989-2002 (119 197 til 130 473 GWh)⁴¹ har ikke hindret at en gros prisen i Norge har økt fra 17,3 øre til 21,6 øre. Pris (veide gjennomsnitt) til forbruker økte fra 39 øre (1997) og til 45,5 øre (2002). Dette gjelder selv om forbruket i norsk hushold og jordbruk har flatet ut, jf. 35 512 i 1994 og 36 111 GWh i 2002.⁴² Samtidig økte spotprisen i det nordiske markedet fra 11,3 øre (for 20 TWh i 1995) til 29,4 øre (for 113 TWh i 2003)⁴³. Altså på tross av en nær 6-dobling av mengde omsatt er prisen på kraft nesten 3-doblet. Fra 1992 til 2003 har pris for norsk eksportkraft økt fra 6,3 øre og til 29,9 øre pr. kWh,⁴⁴ hvilket er en 5-dobling.

Utvalgets bekymring gjelder norske kraftverks manglende attraktivitet for utlendinger. Bortsett fra at det ikke vedrører saken når tema er statsstøtte iht. art. 61(1), så motbevises det av flere oppkjøpsraid i norske kraftselskap (jf. finske Fortums bud på Hafslund i 2003-04).

I kraftsektoren har selv de mest optimistiske prognoser slått til. Prisutviklingen skyldes utvidelsen fra et norsk til et nordisk- og europeisk marked. Kraftprisen har steget, og det mer enn analytikere har forutsatt.⁴⁵ Det finnes ikke krypende marginer. Ingen selv under hjemfallsregimet, selger med så små marginer at hjemfallet hindrer investeringslyst og inntjening. Selv om offentlige konsesjonærer kan «optimalisere sine investeringsbeslutninger» slik utvalget antar, så mer enn motvirkes dette av prisøkning grunnet markedsutvidelsen og omleggingen fra kost-til markedsprinsippet ved prising av elkraft,⁴⁶ dvs. at produsentene fra å drive med fast avansebasert priskalkulering går over til å ta ut av markedet «det markedet kan betale».⁴⁷ Jeg kommer tilbake til det (pkt. 4 E). Prisutviklingen støtter min hypotese om at hjemfallet neppe har bidratt til å «vanskeliggjøre etableringen av nye foretak på markedet».⁴⁸ Jeg sier ikke at dette er avgjørende for subsidiespørsmålet, men kun at det er et element av betydning ved etterprøving av utvalgets standpunkt. Statsstøtte alene er ikke nok. Støtten skal ha produsert skadelige virkninger for samhandelen med kraft (pkt. iii).

ii Påvirker samhandelen i EØS?

1. Utvalgets antar at hjemfallet ulovlig har påvirket samhandelen mellom EØS-landene. Siden utvalget antar at «avvikling av hjemfallsinstituttet vil medføre en generell lettelse av kraftsektorens rammevilkår»⁴⁹ for norsk kraftindustri, er hjemfall ikke statsstøtte, men et handikap som kun rammer Norge. Mitt prinsipale syn er at hjemfallet påvirker samhandelen, men i negativ retning. Norge har ingen konkurransefordel og derfor ingen ulovlig statsstøtte.

⁴¹ <http://www.ssb.no/emner/10/08/10/elektrisitetaar/tab-2004-06-28-01.html>

⁴² <http://www.ssb.no/emner/10/08/10/elektrisitetaar/tab-2004-06-28-15.html>

⁴³ <http://www.ssb.no/emner/10/08/10/elektrisitetaar/tab-2004-06-28-26.html>

⁴⁴ <http://www.ssb.no/emner/10/08/10/elektrisitetaar/tab-2004-06-28-25.html>

⁴⁵ Se Aftenposten 6. august 2005: EU og ESA har startet granskning av prisutviklingen i markedet. Virkningen i Storbritannia er positiv for forbruker når de får full tilgang til billigere kraft utenfra, som nevnt av Byatt, I (2005) s. 15.

⁴⁶ Eckhoff, T & Gjelsvik, Ø (1955) s. 107.

⁴⁷ Som avhenger av om markedet er europeisk. Jf. Dok.nr.8:99 (2002-2003) Forslag fra Øystein Hedstrøm om lov om endring i lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ertvervsvirksomhet (konkurranseloven) (ny § 3-12)

⁴⁸ NOU 2004:26 Hjemfall s. 233 sp.2.

⁴⁹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 82 sp. 2 (underpkt. 3).

2. Drøftelsen i fortsettelsen gjelder under forutsetning av at hjemfallet likevel er en fordel for norsk kraftproduksjon. Min innvending i denne subsidiære drøftelse er at utvalget blander kortene: for det første ved at en ikke har kraftmarkedet i tankene, men markedet for kraftverk (som vist i pkt. 2). Retten til lik og ikke diskriminerende investering i kraftverk berører ikke vareflyt over landegrensene, dvs. statsstøtte til kraftsalg (j.f. «påvirker samhandelen») som er tema her. Dette gir feil fokus fordi EØS art. 61(1) gjelder kun vareflyt, dvs. kraft i handel og vandel og ikke andre friheter, verken etablering eller investering (art. 31 og 40).⁵⁰

For det annet: Om konkurransekraften kunne vært enda bedre dersom hjemfallet tenkes borte er et spørsmål som vi ikke behøver å beskjefte oss med. Hensikten med art. 61(1) er ikke å etablere 'det perfekte marked', men å forhindre at stater urettmessig gir egne borgere bedre vilkår enn utenlandske konkurrenter. Trolig vil få tilbydere i en atomisert marked, produserer uheldig «mismatch». At flere individuelle eiere øker konkurransen er korrekt nok, men forholdet henhører kun under konkurransereglene i art. 53 og 54 og er således saken uvedkommende. I forhold til art. 61 er nok å konstatere at det finnes både konkurranse og gode fortjenestemarginer og at selv private kraftverk med hjemfall kan redusere sine priser uten at det blir røde tall «på bunnlina» (noe ingen har vilje til).

I så måte er antallet deltakere i konkurransesituasjonen ikke influert av om aktørene har knyttet en hjemfallsrett til sin konsesjon eller ikke, jf. uttrykket «støtte... som vrir eller truer med å vri konkurransen» (art. 61(1)). Dette skal imidlertid undersøkes i fortsettelsen.

iii Subsidiert avgjøres individuelt og konkret

Har offentlige aktører som følge av hjemfallsinstituttet solgt lavpriset strøm – noe som er en slags lakmestest for ulovlig statsstøtte – og derved presset private kraftverk ut av markedet? Vurderingen her gjelder forholdet til nye aktører.

Drøfting av hjemfallsfritaket som ulovlig statsstøtte kan verken skje teoretisk eller i et empirisk vakuum slik det gjøres i vedlegg 1 og 2 til NOU'en. Om fritak fra hjemfall er subsidiert avgjøres konkret for kraftselgerne i en gitt situasjon. Økonometriske modeller dokumenterer intet i relasjon til den konkrete vurdering iht. EØS art. 61.⁵¹ Brudd på konkurransen er ingen automatisk følge av økonomiske beregninger av investeringer og vedlikehold, men resultat av rettsanvendelse i ESA. Jeg hevder at selv om «kraftverkene har en restverdi ... [ved hjemfallet, noe som betyr at] staten kan inndra mer enn grunnrente»,⁵² så er ikke det ensbetydende med at kraftverk uten hjemfall, subsidieres i sin kraftprising med et beløp som tilsvarer verdien av mer-grunnrenten.

B For staten: En byrde

Jeg minner om at forutsetningen her er at hjemfallsfritak for offentlige eiere kan anses som en fordel som, hvis vilkårene er til stedet, kan være ulovlig statsstøtte. Her ses følgelig bort i fra det prinsipielle standpunkt (pkt. A). Hjemfallsretten er lovpålagt ved salg av vannfall eller kraftverk til private og kan ikke pålegges offentlige eiere. Som en test på om kommunalt fritak gir fordeler som er ulovlig støtte etter EØS art. 61(1) må staten derved være pålagt en byrde. Spørsmålet er om hjemfallsretten er regulering av private kontraktsforhold?

⁵⁰ Om disse problemstillinger, se Ørebech, P (2006) s. 26 flg.

⁵¹ Dette er også oppfatningen hos tre av utvalgsmedlemmene, se NOU 2004:26 Hjemfall s. 126 sp. 1.

⁵² Sjørgård, L: Partiell hjemfall (2004) s. 197 sp. 1.

1. Først kan det påpekes at «offentlige midler» omfatter ikke kun statlige, men også kommunale investeringer. Dvs. at statlig stønad til kommunene er en intern omfordeling som ikke bryter konkurransereglene. Det er ikke tale om overføring av midler fra offentlige og til private. Det kan hevdes at likhetskravet gjelder statens «egne borgere», og at kommuner som offentlige organer kan behandles annerledes. Mot dette kan det anføres at begrensningen gjelder kun så fremt og så langt kommunene ikke opptrer «privatrettslig», altså utøver næring. Jeg behøver ikke avklare dette her fordi innvendingene i underpunkt 2 må føre fram.
2. Under forutsetning av at kommunale kraftverk er «private», gjelder at hvis hjemfall er regulering av private kontraktsforhold, faller en utenfor subsidiebegrepet. Er hjemfall offentlig regulering av forholdet mellom kontraktsparter, dvs. eier og utbygger av vassdrag?

Svaret følger av hjemfallsrettens karakter. Er hjemfall regulering av eiendomsovergang mellom vannfallseier og utbygger evt. senere erverver av kraftverk? I så fall heter det at dersom Norge beholder hjemfallet og har en konkurransemessig fordel av det, må det kreves at statens byrde «direkte eller indirekte belaste[r] offentlige midler ... Det er imidlertid et vilkår at statens tapte inntekter på grunn av fritaket må ha en viss tilknytning til det offentliges økonomi. Statlige reguleringer av private kontraktsforhold som har til følge at staten taper avgiftsinntekter faller dermed som utgangspunkt utenfor regelverket».⁵³

Er dette karakteristisk for hjemfallet? Hjemfallsregler finnes i lov om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonslov) av 14. desember 1917 nr. 16 § 2 fjerde ledd post 17 og lov om vasdragsreguleringer av 14. desember 1917 nr. 17 § 10 post 4. Tillatelse i første lov gjelder «eiendomsrett til vannfall» men også «bruksrett til vannfall» (§ 5 første ledd). Vasdragsreguleringsloven gjelder «konsesjon til vassdragsreguleringer» som kreves av enhver regulant som ikke er staten (§ 2). «Hjemfallsrett er den rett staten etter de forskjellige konsesjonslover har til ved utløpet av konsesjonstiden ... å kreve avstått vedkommende anlegg uten vederlag».⁵⁴ Det kan stilles tyngende vilkår⁵⁵ (§ 2 post 1-12, 14-16 og 22-23). Teknisk sett overfører hjemfallet privat kraftverk til staten (industrikonsesjonslov § 2 fjerde ledd post 17 og vasdrags-reguleringsloven § 10 post 4). Juridisk betegner hjemfall en tidsavgrenset privats eiendomsrett, dvs. en betinget tillatelse til erverv. Dvs. at hjemfalls-klausulen tidsavgrenser eiendomsretten til private for en periode av 60 år (se også pkt. E iii). Unntaket for kommunale erverv gir staten tapte inntekter, og er et resultat av reguleringene.

C For kommunene: En fordel

Under forutsetning av at hjemfall ikke er regulering av private kontraktsforhold (pkt. B), må det subsidiært undersøkes om støtten tildeles noen som oppnår markedsfordeler som følge av støtten og som påvirker samhandelen mellom avtalepartene. Støtten skal influere på vareprisen, dvs. produktet som selges, i dette tilfelle i kraften i Nord-Pool. Flere land må være involvert. Dvs. at hjemfallsfritak må resultere i at offentlig eide kraftselskaper som følge av denne fordel, gjør det mulig å føre en salgspolitik som påvirker samhandelen mellom avtalepartene. Av dette trekker jeg den slutning at vridning i investeringsstyrke uten at dette gir seg utslag i handelen med elkraft ikke utløser brudd på EØS art. 61(1). NOU'en overser at forskjell i investeringslyst per se betraktes som et slikt brudd: «Det avgjørende er om et foretak ... har fått en økonomisk fordel ... som derfor endrer de konkurranseparametre foretaket har til disposisjon ... f.eks. ved å vanskeliggjøre etableringen av nye foretak på markedet».⁵⁶ Utvalget unnlater å påvise årsaks-

⁵³ Hansen, B.E (2004) s. 60

⁵⁴ Brøgger, Kr.Fr. (1951):s. 386.

⁵⁵ Om tyngende vilkår generelt, se Ørebech, P: (1975).

⁵⁶ NOU 2004:26 Hjemfall s. 233 sp. 2

sammenheng mellom «støtte gitt» ved fritak fra hjemfall og antatt konkurransevridning på markedet for elkraft (art. 61(1)). Uttrykket «truer med å vri» krever en kausalanalyse. Dette overser utvalget som bygger sitt standpunkt på at EU-retten angivelig unnlater dette. Det legges til grunn at det ikke er noe kausalkrav. Utvalget viser til *Leeuwardener-saken*⁵⁷ og utlegger denne slik at det er tilstrekkelig at «et foretak eller en bransje har mottatt støtte». Standpunktet er ikke fullt så åpenbart som det gis uttrykk for fordi EF-domstolen understreker det spesielle i tilfellet og at «the very circumstances in which the aid is granted», var i seg selv bevis for at støtte var ytet. Omstendighetene rundt støtten overbeviste retten om eksistensen av statsstøtte som var egnet til å vri konkurransen, uten at det var nødvendig å foreta noen kausalanalyse av det tilfelle som stod for retten. Dette er noe annet enn at en konstatering av de facto støtteordning også er ensbetydende med brudd på art. 61(1) – slik utvalget synes å mene. Dette er utilstrekkelig. I EØS art. 61(1) heter det «... i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene». Dvs. at evt. støtte som ligger i hjemfallsfritaket skal påvirke handelen med kraft i Nord Pool. Først hvis finansielle ulikheter medfører nedprising av kraft slik at handelen mellom Norge og andre EØS land påvirkes, er statsstøtten ulovlig. Dette er imidlertid ikke tilfelle her fordi hjemfallsretten kun rammer i Norge og konkurrenter som produserer på svensk, finsk, danske etc jord leverer kraft på samme betingelser som de norske offentlig eide verk, dvs. uten å være ilagt hjemfall.

Om hjemfallet «vanskeliggjør etableringen av nye foretak» er intet skjønnsstema. Det er samhandelen med kraft som skal påvirkes. Det er tale om en de facto virkning. Det er ikke nok at hjemfallsretten truer med å påvirke samhandelen med kraft. Svaret er derfor at utvalget ikke har vist at hjemfallsretten omfattes av EØS art. 61(1).

D Hvem taper på hjemfallet?

Den videre drøftelse gjøres under forutsetning av at situasjonsvilkåret om påvirkning av samhandelen er tilfredsstillt. Har offentlige kraftverk med hjemfallfritak egentlig mottatt en særfordel som kan betegnes som «støtte»? Her spiller det rolle om den private kompenseres for en restverdi i anlegget på hjemfallstidspunktet. Drøftelsen forutsetter at så ikke skjer.

Om EØS art. 61(1) er relevant avhenger av hvordan kraftprisen fremtrer. Det fremgår av NOU'en at typiske driftskostnader pr. produsert kWh er på 2 til 2,5 øre. En evt. nedgang i strømpris på 25% som følge av konkurranse og overgang fra 'ineffektive' til 'effektive' produsenter medfører en prisnedgang på 0,5 øre. Det betyr at det er lite å tjene på kutt i variable kostnader. «Når det gjelder kapitalkostnadene, så vil disse være bestemt av investeringer i produksjonsanlegg som skal forrentes og ikke av hvorledes kraftproduksjonen er organisert».⁵⁸ Siden god regnskapspraksis krever at også egenkapitalen forrentes, «en fortjeneste ... som er minst like stor som det den kunne oppnådd ved å plassere kapitalen i alternativ virksomhet»,⁵⁹ vil produksjonskost uansett egen dyktighet, ligge på omtrent samme nivå. Effektivitetsmålet er derfor intet argument for å parkere hjemfallsretten.

Analysen baserer seg på flere generasjoner krafteiere: For det første opprinnelig eier som selger vannfall til kjøper som har utbyggingshensikt, her betegnet første generasjon. For det annet utbygger av kraftverk (annen generasjon) og kjøper av igangværende kraftanlegg (tredje generasjon – se pkt. E). Dette perspektivet er forsømt.⁶⁰

⁵⁷ *Leeuwardener Papierfabriek case* [1985] ECR, 809, se paragraf 24.

⁵⁸ NOU 2004:26 Hjemfall s. 71 sp. 2, særmerknaden fra 3 utvalgsmedlemmer.

⁵⁹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 198 sp. 1 (vedlegg 2).

⁶⁰ Et mindretall påpeker at vi har «et generasjonsperspektiv som ikke har fått den fortjente oppmerksomhet», men dette gjelder kun «fremtidige generasjoners muligheter for å bestemme forvaltningen av egne naturressurser», NOU 2004:26 Hjemfall s. 95 sp. 1.

E Forholdet til kjøper av kraftanlegg. Tapt investeringsstyrke?

Utvalget har ingen god hånd med den virkelighetsoppfatning som legges til grunn. Fokus er «investordiskriminering», dvs. om private investorer i energisektoren er forskjellsbehandlet som følge av at hjemfall. Dette gjelder situasjonen ved inntreden i energibransjen. Er det slik at hjemfallet bidrar til å «vanskeliggjøre etableringen av nye foretak på markedet»?⁶¹

Utvalget vurderer kun om forhold 60 år fram i tid påvirker dagens investeringsavgjørelser. Altså diskonterer utvalget mulige økonomiske forskjeller i en fjern fremtid til nåtidspunktet. Et slikt standpunkt forutsetter – i det minste – at investor har tatt slike overlegninger i betraktning på investeringstidspunktet. Det bygger også på en forestilling om forskjeller i investeringsrentabiliteten mellom offentlige og private aktører. Dette har utvalget ikke undersøkt, og er en tvilsom presumsjon bl.a. fordi langsiktig investoroppreden anses å være alt som ikke er «day-trading». Ti år er ekstremt lenge, fem år er langt.

Hva består det forskjellige i? Det skrives om «like» og «de samme rammebetingelser» for «alle som ønsker å erverve eierskap i et vannkraftverk».⁶² Det bærende element i utvalgets syn er at hjemfallsreglene skal «sikre at de mest kompetente og økonomisk best egnede aktører deltar i norsk kraftproduksjon». Diskrimineringen forhindrer det, sier utvalget, noe som imidlertid er udokumentert. To investorgrupper må vurderes: Utenlandske produsenter og potensielle investorer og norske aktører som har vært rammet av hjemfall. Førstnevnte har akkumulert kapital uten hensyn til hjemfallet. Deres finansielle styrke er uberørt av hjemfallet.

Vender vi blikket mot nåværende deltakere har utvalget unnlatt å presisere hva ulikhetene består i og om disse resulterer i et tap av privat konkurransekraft ved kjøp av vannfall. Slik utvalget formulerer seg er forskjellsbehandlingen evident straks det opereres med ulike hjemfallsregler i de to tilfelle. I beste fall er dette en unøyaktig iaktakelse. Her skal nevnes noen forhold av betydning for investordiskriminering som NOU'en overser. Jeg ser først på oppkjøp av kraftverk som «going concern», enten helt eller delvis ved erverv av aksjepost.

i Investering og rentabilitet

Et grunnleggende forhold ved forskjellsbehandling av investorer, som utvalget overser, er sammenligning av rentabiliteten hvis offentlige og private investerer den samme mengde penger. Selv om statistikker måler egenkapitalrentabilitet,⁶³ gir dette et skjevt bilde. En investor kan manipulere egenkapitalrentabiliteten ved f.eks. å endre på gjeldsgrad. Det er antatt i finanst teori at slik endring, som påvirker egenkapitalrentabiliteten ikke gjør investorer rikere eller fattigere. Årsaken til dette er at risikoen for egenkapitalen også blir endret. Et korrekt bilde får en kun ved bruk av Economic Value Analysis (EVA), dvs. en vurdering av total kapitalens rentabilitet. At privat egenkapitalrentabilitet kan fremstå som dårligere enn ved kommunale eller statlige investeringer forteller derfor intet om evt. investor-diskriminering.

ii Investeringer diskontert til nåverdi

Dernest mangler NOU'en analyser av diskontert nåverdi av investeringer i kraftverk som gir uendelig inntekt og slike som kun gir inntekter i 60 år, in casu at investor har en inntekt på kr. 1 pr. år og at renten er 10 %. Utrengninger viser at forskjell i nåverdi av 60 års inntekt og uendelig inntekt er på 0,0328, dvs. at det relative tapet mellom å investere 1 kr. i 60 år – slik de private må – og en offentlig, uendelig investering er på ca. 1/3 %. Hvis en anvender årlig rente

⁶¹ Op.cit. s. 233 sp.2.

⁶² NOU 2004:26 Hjemfall s. 71 sp. 1.

⁶³ SSB statistikk no 38 Nøkkeltal for foretak i kraftsektoren, etter eigargruppe. 2001 og 2002 som viser en egenkapitalrentabilitet for felleskommunale verk på mellom 12 til 6 %.

på 7 % vil det relative tapet være på ca. 1,7 %. Her ses det bort i fra at de private etter de 60 år kommer ut med gunstige leie-, eie- eller bruksavtaler.

Beløpet er ubetydelig i en investeringssituasjon og er langt mindre enn forskjeller i f.eks. lønnskostnader. Siden støtten må påvirke samhandelen merkbart for at forbudet skal komme til anvendelse – *de minimis*-vilkåret (jf. EØS-avtalen art. 61(1) – «vri eller truer med å vri konkurransen»), er en forskjellsbehandling pga. fraværet av hjemfall ingen overtredelse av bestemmelsen. Dette er oppfatningen i kommisjonen og ESA: «overvåkningsorganene tolker konkurransevidningsvilkåret slik at støtte som innebærer beskjedne støttebeløp alltid faller utenfor anvendelsesområdet til ... EØS art. 61 nr. 1». ⁶⁴ 1,7 % er klart en slik *de minimis* støtte som ikke kan være omfattet av forbudet i art. 61(1). Der tidligere eiere innrømmes fortsatt bruk av verk og/eller kraft, er det ingen forskjell mellom private og offentlige verk.

iii Kostnadssiden

Siden inntekstsiden er omtrent lik ser vi at dersom det skal være hold i påstanden om at hjemfallsfritak er ulovlig subsidiering av offentlige krafteiere, må dette bygge på at private kjøpere av kraftverk som følge av subsidiering av kommunene, har høyere kostnader enn offentlige eiere, dvs. slik at marginene et fritt kraftmarked, er mindre enn for kommunale verk og at det er årsakssammenheng mellom statsstøtte og konkurransevidning ved salg av kraft.

Brudd på EØS konkurranserett krever konkret vurdering av faktiske og juridiske forhold mht. aktører med og uten hjemfall. Siden inntekstsiden er tilnærmet lik må det påvises at privat kjøper av kraftverk betaler mer enn kommunene for samme verk.

Betaler private mer enn offentlige? Høyere pris for vannfall gir høyere finanskostnader. Jeg undersøker forholdet ved kjøp av vannfall. Selges dette til en med utbyggingshensikt, var synet at hjemfallet var ekspropriasjon iht. grunnloven § 105. Dvs. at eiendomsrettens opphør som følge av at fremtidige utnyttingsgevinster var inndratt til fordel for statskassen, skulle utløse erstatning. Kjøper betalte ikke full pris, i forhold til ved kjøp av evigvarende rettigheter. Dvs. at det var den opprinnelige eier som tok tapet, og ble det hevdet; dette tap skal erstattes.

Selv om det var enighet om at private betalte lavere pris ble det ikke tilkjent erstatning, jf. «den store konsesjonssak» (Rt. 1914 s. 205 og Rt. 1918 s. 401). Retten (4:3) mente at opprinnelige eier måtte tåle tapet. Standpunktet bygget på at vannfallsressursene «bærer ... preg av å være en fellesressurs», ⁶⁵ dvs. noe som tilhører det norske folk i felleskap, ⁶⁶ en verdi som private som vil utbygge disse, kan få til låns i 60 år. Utvalget legger til grunn at den ordningen som velges bør være slik at «en ikke i dag bør frarøve de kommende generasjoner muligheten til å utøve en nødvendig grad av nasjonal råderett». ⁶⁷ Kraftressursene som tilhører det offentlige, kan lånes ut til private i en begrenset periode for å skaffe kapital. ⁶⁸

Hva er de rettslige karakteristika ved hjemfallsretten? Ekspropriasjonskravet ble avvist i 1918. Hva var det da? Førstvoterende i høyesterett viste til byrettsassessor Siwers votum:

«Anderledes [enn ved ekspropriasjon] staar saken, hvor der ikke er tale om en avståelse og tilegnelse, men om saadanne bestemmelser, som av almene hensyn, i samfundets interesse sigter til at regulere eiendomsraadigheten, uten at der sker nogen overførsel til andre». ⁶⁹

⁶⁴ Hansen, B.E (2004) med videre referanse til ESA og Kommisjonsvedtak.

⁶⁵ NOU 2004:26 Hjemfall s. 67 sp. 2.

⁶⁶ Dette er tre av utvalgsmedlemmenes prinsipielle syn, se NOU 2004:26 Hjemfall s. 155 sp. 1.

⁶⁷ NOU 2004:26 Hjemfall s. 68 sp. 1.

⁶⁸ Se Keilhaug, W (1938) s. 158: 1917-loven rettet slag «mot utenlandsk kapitalimport ... svenskene hadde mot til å utnytte den internasjonale kapital da det gjaldt ... mens nordmennene ikke våget det og derfor måtte la de formålstjenlige utviklingstidspunkter gå fra sig».

⁶⁹ Norsk Retstidende (Rt). 1914 s. 205.

Hjemfallsretten er regulering av eiers rådighet over sin eiendom; dvs. rådighets-innskrenkning. I stedet for helt ut å forby at eiere utnytter fallrettighetene, tillot staten at disse ble utnyttet av private mot at rettighetene tilfaller staten etter en periode av 60-80 år. Retten kom til at et slikt inngrep måtte en eier finne seg i:

«Eiendomsretten til en gjenstand er efter en formentlig fastslaaet definition retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen. Det er klart, at den lovgivende magt har og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten, saaledes at eierens raadighet kun utøves overensstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betragtning. Av hele vor lovgivning fremgaar, at de lovgivende myndigheter i stor utstrækning har sat grænser for eierens raadighetssfære, og disse grænser maa den lovgivende magt være bemyndiget til ogsaa i fremtiden enten at utvide eller at indskrænke, saaledes som den finder det nødvendig eller ønskelig, medmindre den herved overskrider sin kompetanse.»⁷⁰

Det var altså ingen erstatningsbetingende ekspropriasjon. Vi ser derfor at den opprinnelig eier av vannfall må tåle gevinsttapet som rådighetsinnskrenkningen medfører.⁷¹ Dvs. at første generasjon private kraftprodusenter får billigere råstrøm enn kommuner og staten som betaler for fallrettigheter til evig tid. Betydningen av dette er at offentlige eiere av kraftverk i første omgang påføres ekstrakostnader som følge av at hjemfallsfritaket, men at det blir utliknet ved at kraftanlegg ofte har lengre levetid (uten ekstra investeringer) enn 60 år.

Den opprinnelige eier av ikke-utbygde vannfallsrettigheter tar tapet for hjemfallet. Utbygere av kraftverk er stilt forskjellig avhengig av om de er private eller offentlige. I motsetning til hva en kanskje ville ha tenkt seg, er det en kjøper av vannfall som er belemret med hjemfall som kommer best ut fordi denne grunnet hjemfallet, betaler mindre enn offentlige kjøper. Utbygger som sitter med anlegget i konsesjonstiden vil pga. gunstige avskrivningsregler (skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 § 18-6(1) og (2)) ha et lavere realverditap enn en tilsvarende offentlig eier som etter 60 år eier et nedslitt og ikke nedskrevet kraftanlegg. Her kan en ikke si at staten pga. hjemfallsfritak har subsidiert den offentlige eier. Snarere tvert i mot, hvis opprinnelig eier får lease anlegget etter statlig renovering.

Ser vi på bokført verdi, vil privat kraftverk underlagt hjemfall stå i null, mens kommunale eid anlegg har et lite aktivum som relaterer seg til 7 års gjenstående lineær avskrivningstid for tunneller, dammer, rørgater og kraftstasjoner, dvs. 10 % av opprinnelig verdi. Slik sett virker det som om ikke-hjemfallsbelemret eier er begunstiget. Det er imidlertid motsatt: Privat eier tar raskere enn kommunale ut grunnrenten til eget formål. De betaler mindre skatt enn offentlige kraftverk. Dvs. at akkumulert overskudd – som kan benyttes til investering i nye kraftprosjekt – er høyere hos private enn kommunale. Private og ikke offentlige har etter utløpet av konsesjonsperioden, best konkurransekraft. Dvs. at denne eier vil lettere kunne hevde seg i konkurransen ved kjøp av eierinteresser i going concern.

Mens utvalget antar at private påføres en økonomisk ulempe som skyldes at evigvarende utnyttingsrett diskontert til nåverdi har større verdi enn en tidsbegrenset rett,⁷² vil jeg hevde at kjøpere ikke taper noe fordi prisen for kraftverk under hjemfall nettopp avspeiler at eiendomsrett kun oppnås i 60 år, noe som viser seg i prisen på vannfallet, som er lavere enn ved salg til offentlige selskap. Dvs. at tapet ved hjemfallsretten belastes første generasjon vassfallseiere,

⁷⁰ Rt. 1918 s. 405.

⁷¹ Slik Lyng, J (1958) s. 54: Høyesterett avgjorde at selgeren ikke «hadde krav på erstatning eller godtgjøring av staten som kompensasjon for den reduksjon av kjøpesummen som ... følge av at kjøperens eiendomsrett ble tidsbegrenset og beskåret av «hjemfallsretten»»

⁷² NOU 2004:26 Hjemfall s. 224 sp. 2.

før kraften blir utbygget. Det finnes intet tap på annen generasjoners hånd som følge av hjemfallsretten. Av dette ser vi at problemstillingen som ligger under NOU 2004: 26 er forfeilet, for det første fordi hjemfall er en statlig regulering av private kontraktsforhold som har til følge at staten taper avgiftsinntekter og for det annet fordi kjøperne av hjemfallsbelastet verk likevel ikke har det tap som utvalget antar. Konklusjonen derfor er at marginene for offentlige og private i løpet av en 60 års periode, er for ethvert praktisk formål, like. Leies verket tilbake til fhv. private eier har denne fordel.

iv Forskjeller i «investeringsstyrke» og forholdet til statsstøtte

Hva har forskjeller i «investeringsstyrke» å gjøre med forbudet mot statsstøtte iht. EØS art. 61(1)? Tema er konkurransevridning i handelen med elkraft mellom avtalepartene. Overlegen investeringsstyrke er i seg selv ikke forbudt etter art. 61(1). Om forskjeller i hjemfallsregler kan påvirke samhandelen er ikke tilstrekkelig. Statsstøtten er kun uforenlig med EØS dersom den faktisk påvirker samhandelen «i den utstrekning støtten påvirker». Det er ingen sammenheng mellom investeringsstyrke og ulovlig statsstøtte i art. 61(1).

Forskjeller i investeringsstyrke skyldes ikke kun hjemfallet. «Norge er det eneste landet med en grunnrente- og naturressurskatt på vannkraftproduksjon, og omfattende vilkår om konsesjonsavgift og konsesjonskraftavståelse». ⁷³ Er Finlands manglende skatt på elkraft for kraftselskap diskriminerende støtte? Og hva med Sveriges «el-sertifikater» ⁷⁴ som tildeles gratis til nye produsenter av fornybar energi som selges forbrukerne av strøm som på sin side tvunget til å kjøpe disse i forhold til sitt elektrisitetsforbruk? ⁷⁵ Dette er i realiteten oppbygging av private fond som kan nyttes for fremtidige investeringer i kraftselskap. Danmark tillater at det gis finansiell støtte til produsenter av vindkraft ved ekstrabetaling for hver kWh utover en fast minste markedspris. Skal slike selskap sies å være subsidiert? Jeg lar dette ligge. ⁷⁶

Her er fokus på forholdet mellom kommunale og private aktører i Norge. Er det statsstøtte dersom Norge tillater at selskap med hjemfall får en «brattere» avskrivingskurve enn selskap uten hjemfall? Dette er regelen i Norge, (skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 § 18-6(1) og (2)). Er evt. ulemper som hjemfallet fører til mer enn kompensert i forhold til investeringsstyrken? Svaret er ja. Det er klart at skattereglene tillater at investeringer i betydelige driftsmidler skjer innen rammen av hjemfallstiden, jf. § 18-6 (1) & (2). Dvs. at jo kortere tid til hjemfall, jo høyere årlig avskrivning. ⁷⁷ Mens investeringer i betydelige driftsmidler i anlegg uten hjemfall skal lineæravskrives over en periode av hhv. 67 og 40 år avhengig av type, kan investeringer i hjemfallsbelastet anlegg saldoavskrives over en atskillig kortere periode (som kan avtales). Dette betyr at intet prosjekt vil ha bokført verdi på hjemfallstidspunktet.

Problemstillingen og faktabeskrivelsen må «forfines». Hvilket faktum legger utvalget til grunn i sin «forskjellsdrøftelse»? Når Utvalget konstaterer at for «å fremme virksom konkurranse, og ... mest mulig effektiv ressursbruk, bør ... alle som ønsker å erverve eierskap i et vannkraftverk stå overfor de samme rammebetingelsene», kan det virke som om det med «alle» kun menes slike produsenter som er underlagt hjemfall?

v Konsesjonsrettslige forskjeller

Mens private kjøpere omfattes av industrikonsesjonsloven § 5 gjelder § 4 for de offentlige. Forskjellen mellom private og offentlige kjøpere består i hovedsak i at konsesjonen i det sist-

⁷³ NOU 2004:26 Hjemfall s. 44 sp.2.

⁷⁴ Se OED Pressemelding Nr. 89/04, Dato: 06.08.2004.

⁷⁵ NOU 2004:26 Hjemfall s. 45.

⁷⁶ Spørsmålet er reist av EU's konkurransedirektorat, juni 2005.

⁷⁷ NOU 2004:26 Hjemfall, vedlegg 1, s. 188 sp. 2.

nevnte tilfelle er ubegrenset, mens førstnevnte kun gis for et tidsrom av 60 år. Denne fordel må imidlertid sees i sammenheng med forhold som er egnet til å utlikne forskjeller i hjemfallsrett: De offentlige selskapers særstilling har sitt opprinnelige utgangspunkt i ansvaret for den offentlige kraftforsyning (industrikonsesjonsloven § 4 – oppdekningsplikten) og at aktøren er helt og holdent under offentlig kontroll.⁷⁸ Offentlige kontroll gir plass for politiske preferanser som ikke er i overensstemmelse med bedriftsøkonomisk lønnsomhet, noe som er egnet til å svekke disse selskapers konkurransekraft. Konkurransemodellen tvinger kommunale verk til å fjerne sosiale hensyn fra sin agenda. Fremstillingen av private og offentlige aktører som ikke likestilte i en investeringskamp ser bort i fra at disse aktører opererer i forskjellige terreng. De offentlige skal ikke utelukkende ta bedriftsøkonomiske hensyn. De skal ta politiske hensyn som ligger utenfor private markedsstyrte avgjørelser.

Et mindretall i utvalget kritiserer at samfunnsøkonomiske perspektiver er langt på vei fraværende eller at det feilaktig «settes likhetstegn mellom bedriftsøkonomisk optimalisering og samfunnsnytte» i utvalgets utredning.⁷⁹ Utvalget vektlegger at de offentlige aktører vinner i konkurransesituasjonen fordi de – som følge av fraværet av hjemfall – er «subsidiert» sett i forhold til private investorer.⁸⁰ Utvalget undersøker ikke om kommunale selskaper er villig til å betale mer for kraftverket enn private konkurrenter, fordi det offentlige ser andre verdier i anlegget enn profittmaksimering. F.eks. kan det være av verdi for kommunen å eie kraftverk slik at de kan sikre sine innvånere billig kraft. Hva med følgende scenario: «Flytt til oss i Fjellheim kommune, gratis tomt og gratis strøm!»⁸¹

vi Prisfastsetting etter kost- eller markedsprinsippet?

Det hersker ulike syn på prisfastsettingen i kraftmarkedet. Tidligere var det et krav om avansebaserte priser og at avansen liggere fast (kostprinsippet).⁸² Nyere lære anbefaler selger å ta den pris som markedet kan betale. Dvs. at en og samme vare kan koste forskjellig i de forskjellige markeder (markedsprinsippet). Det synes å være almen enighet om at i «et nordisk eller nord-europeisk marked vil det finnes kraftprodusenter som benytter ulike typer teknologi, og norsk vannkraft vil typisk være verk med svært lave kostnader sammenlignet med termiske verk i andre land».⁸³ Gitt denne situasjon og markedsbasert prising, kommer spørsmålet om hjemfallet er egnet til å vri konkurransen i et annet lys enn om det prises iht. kostprinsippet.

Kostprinsippet var regelen i den eldre prislov av 26 juni 1953 nr. 4, forbud mot urimelige for-tjeneste jf. § 18, regler om kalkulasjonsmetode (§ 24 nr. 1 a) og regelen om at merpris skal inn-dras (§ 56). Iht. § 24 kunne det settes maksimalavanse. Dersom slik var fastsatt gjaldt denne.⁸⁴ Det er kun dersom myndighetene grep inn at en falt tilbake på kutymene. «Hvor stor denne for-tjenesten kan være er det ikke mulig å si. Det som er sedvanemessig i bransjen vil her kunne være avgjørende».⁸⁵ Det er klart at det var lovlig med prosentvis påslag, ikke kun et krone-påslag.⁸⁶ Rimelig avanse ble iht. «god forretningsskikk» ansett å være ca. 30%.

⁷⁸ NOU 2004:26 Hjemfall s. 146 sp. 1 (særmerknad fra utvalgsmedlem Martinsen).

⁷⁹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 144-145.

⁸⁰ ESA i Opinion av 20 februar 2002, nevner ikke dette, men det bringes frem av Utvalget, se vedlegg 3 s. 210 sp. 2 og s. 229-235. Utvalget trykker dette argumentet til sitt bryst, se særlig NOU 2004:26 Hjemfall s. 79 sp. 1.

⁸¹ Se NOU 2004:26 Hjemfall s. 94 sp.2 (Felix): «Overgangen fra produksjon for levering i lokalsamfunnet til selvkost til krav om maksimal inntjening ved leveranse til Nord Pool har endret insentivene fundamentalt.

⁸² Dette har tradisjonelt vært systemet i Norge: «Prisen på fastkraft i Norge er i all hovedsak bestemt av lansiktige kontrakter basert på historiske utbyggingskostnader». Se Arbeidsgruppen for energispørsmål (1990) s. 28.

⁸³ NOU 2004:26 Hjemfall s. 198 sp. 1 (vedlegg 2).

⁸⁴ Eckhoff, T & Gjelsvik, Ø (1955) s. 107.

⁸⁵ Blom, K (1954) s. 77.

⁸⁶ Op. cit. s. 77.

Hvordan oppfattes prisfastsettingen av utvalget? Det er ikke helt enkelt å finne ut av fordi problemet ikke behandles eksplisitt. Jeg vil minne om betydningen av spørsmålet: Støtten skal vri eller true med å vri konkurransen ved salg av elkraft.

Oppfatningen i NOU'en bygger på forestillingen om at markedspris fastsettes iht. kostnadsprinsippet (!), det beregnes kostpris på en produsert kWh og produsenten gis et lite påslag, avanse. Når produksjonsprisen går ned som følge av lavere variable kostnader som følge av økt effektivitet, går også pris til forbruker ned. Det antas at forbruker «stikker av med» innsparingen. I et slikt virkelighetsbilde blir spørsmålet hvorfor kraftprodusentene skal ønske å redusere bemanningen eller «outsource» sider ved virksomheten som så kjøpes inn av en billig tjenesteyter i f.eks. Estland, når marginen for kraftverket likevel blir den samme.

Verre er det imidlertid at en slik tankegang er i uoverensstemmelse med prispolitikken i EU og EØS og at ESA har satt en stopper for kostbasert kraftpris: Industrikraftkontrakter skal heretter følge markedsprisen på kraft.⁸⁷ Billig kraft er ulovlig subsidiering.⁸⁸

vii Ta ut av markedet det markedet kan betale

Kraft selges i ett marked noe som gir felles kWh pris over det hele.⁸⁹ Dvs. en identisk pris uten hensyn til om kraftprodusenten er privat eller offentlig, om den private har lang eller kort tid til hjemfall. En grunn til at produsenter kan holde høyere pris enn markedsprisen er tregheten i markedet (fastpriskontrakter) eller manglende oversikt over fordeler ved å bytte strømleverandør. Produsentstrategien er styrt av omleggingen til konkurranse i produksjon og omsetning av kraft som ble innført ved lov om produksjon, omforming, overføring omsetning og fordeling av energi m.m. (energiloven) av 29 juni 1990 nr. 50. Forbrukerne har ikke samme evne som produsentene til å utnytte konkurransens muligheter.

I overensstemmelse med bedriftsøkonomiske strategier vil produsentene ta ut av markedet det markedet kan betale, dvs. at disse søker til best betalende markeder og bruker etterspørsel i disse til å presse opp prisen hjemme.⁹⁰ Prisene hjemme økes ved bygging av nye kabler til kontinentet, de baltiske stater,⁹¹ Holland⁹² og til Storbritannia.⁹³ Tankegangen er at hjemlige forbrukere kan få kjøpe strøm, men kun dersom disse er villig til å betale prisen i de best betalende markeder. Dersom kraftselskapene kan stoppe forbruksveksten hjemme kan mer kraft gå utenlands. Genser og dusjkampanjen til SV skal sørge for det. Siden prisen på kontinentet ligger høyere enn normalprisen hjemme⁹⁴ vil kraftoverføringslinjer bidra til høyere pris i Norge⁹⁵ (jf. statistikken s. 5). Vi er nå i en fase med markedsutvidelser og bedre marginer for bransjen i Norge, som vist av prisutviklingen på strøm i årene fra 1991 og fram til og med 2003.

⁸⁷ Utfasing av kontrakter vil gi Statskraft en merinntekt på ca. 400 mill.kr. i 2005 stigende til 2,3 mrd.kr. i 2012 ved en gjennomsnittlig kraftpris på 25 øre/kWh. Europower mars 2005 s. 10. Prosessindustriens Landsforening sier i forbindelse med nedleggelsen av Union i Skien at kraftprisen må ned (NRK dagsnytt 13 august 2005). *EFTA Surveillance Authority Decision (2004)*.

⁸⁸ Sjørgård, L.: Partielt hjemfall (2004) s. 205 sp. 1.

⁸⁹ Se utviklingen i april 2005, «Prisen på strøm rett til værs», Molde (NTB-melding gjengitt i Bladet Vesterålen 23 april 2005 s. 20): «Vannkraft fra Norge skal kompensere både for redusert petroleumsbasert energi og for reduksjon i kullkraft ... Spesielt er Tyskland blitt en storimportør av norsk vannkraft og dette har ført til en prisstigning på strøm som er unormal for årstiden».

⁹⁰ Se Motion till riksdagen, 2004/05:N 389, av Lennart Beijer m.fl. (v), El-kabel till Finland.

⁹¹ Se OED Pressemelding Nr. 146/04, Dato: 14.12.2004.

⁹² Storbritannia ble foreslått – til en beregnet kostnad på ca 8 Mrd kr. Planene ble midlertidig lagt på is etter en beregning i SSB som viste at «bygging av kraftkabler til England eller Tyskland er ikke samfunnsøkonomisk lønnsomt. Kostnadene ved utbygging og drift av kablene overstiger handelsinntektene og positive ringvirkninger for det norske kraftmarkedet», Aune, F.R (2003). Nå bygges kabel nr. 2 til Tyskland.

⁹³ Delrapport - Morgondagens Energisystem (Sydkraft 2004) s. 34. Sydkraft anslår at prisen på kraft her hjemme vil bli tredoblet ved et utvidet europeisk marked.

⁹⁴ Adm.dir. Steinar Bysveen i Energibedriftenes Landsforening, Bergens Tidende 5. januar 2005 har et noe annet syn: «Det er en fortsatt forbruksøkning i Norden og Europa som eventuelt vil trekke prisene oppover».

⁹⁵ Se «Investeringer og vedlikehold» av Hjemfalls utvalget NOU 2004:26 Hjemfall s. 193 sp. 1.

Det billige «hvite kull» er i ferd med å ta markedsandeler fra det mer kostbare «sorte kull». Av dette kan vi trekke den slutning at når EU liberaliserer kraftmarkedet vil markedsprisen gi et vesentlig bedret dekningsbidrag til foretatte investeringer sett i forhold til de prognoser som private investorer må ha lagt til grunn på utbyggingstidspunktet. Dette gjelder klart i forhold til 9 av de private kraftverk som det er knyttet hjemfall til. Slike bedre marginer er dessuten allerede et resultat av det nordiske kraftmarked.

viii Salg i et «spekulasjondrevet» aksjemarked

Aktører som tenker avkastning i et spekulasjondrevet aksjemarked møter en annen økonomisk virkelighet enn den som vurderer inntjening ved salg av strøm i kraftmarkedet. Mens investeringen i førstnevnte tilfelle er motivert av gevinster ved kjøp og salg av aksjer, er plasseringen i det siste tilfelle styrt av kraftpris og kostnadsutvikling. Jeg har behandlet det sistnevnte ovenfor og skal derfor her kun konsentrere meg om førstnevnte.

Trolig er prisen på kraftselskap spekulasjondrevet, noe som imidlertid ikke er utvalgets virkelighet, som i stedet taler om «markedsbasert kompensasjon», og tenker på «mulighet [for] å beregne markedsverdien mekanisk basert på objektive kriterier» eller «å fastsette markedsverdien ... gjennom forhandlinger eller skjønn».⁹⁶ NOU'en refererer ikke til verdifastsetting basert på markedsetterspørsmål. Dette fører feilaktig av sted. Prisen avgjøres simpelt hen av hva kjøpere er villig til å betale, ikke ved å oppstille en eller annen teoretisk verdi. Prisen for et anlegg med hjemfallsrett som antas å ville avspeile finanskostnadene, er i stedet høyst sannsynlig bestemt av utsiktene for en spekulasjonsgevinst. «Magnetten» er ikke produksjon av kraft, men produksjon av kjøpelystene investorer i et kraftig økende europeisk kraftmarked. Bransjen ser en etterspørselsøkning når Nordens 18,5 mill. mennesker blir til EU's 495 millioner (Bulgaria og Romania inklusive).⁹⁷ Investors motiv er ikke kraftverket som «going concern», men muligheten for at aksjeverdien får et løft i årene som kommer.⁹⁸ Pga. vannkraftens kostnadseffektivitet i forhold til kull vil norske selskap ha et konkurransefortrinn. Mens private aksjekjøpere vil vektlegge denne side av kraftmarkedet, vil kommunale kraftlag tenke avkastning ved salg av kraft og regnskapsmessig bunnlinje.

Dette skjer i en situasjon der private unngår «hjemfallsspøkelset» ved kjøp av porteføljer på inntil 20 % (industrikonsesjonsloven § 36 først ledd) i hvert enkelt selskap. Slike erverv er konsesjonsfrie og således ikke underlagt hjemfall. Private investorer som i kampen om aksjene tenker spekulasjon vil trolig seire over kommunene.

Ser vi så på større eierandeler enn 20 % vil det være en innvending at aksjeverdien i private selskaper vil konvergere mot null på hjemfallstidspunktet. Private aktører vil her stille bak i køen, hevdes det. Dette er ikke uten videre korrekt fordi selskapet trolig vil få lease anlegget fra staten etter konsesjonstidens utløp. En kan også unngå å havne i denne situasjon ved at private aksjeeiere selger til kommunale selskaper og dermed utløse en tidsbegrenset konsesjon etter industrikonsesjonsloven § 4. Dette betyr at det på slutten av en periode med spekulasjondrevet aksjesalg vil finnes kjøpere som ser verdiene i kraftproduksjon og salg. Det er kun i denne avsluttende fase av hjemfallsbelastede kraftverk at utvalget har rett i at norske offentlige eide selskaper kan tilby mer enn private for den samme aksjeposten. Kommunale selskap uten hjemfall vil være aktuell kjøper som gir private eiere langt inne i en hjemfallsperiode avsetning for aksjeposten.

Mekanismene med vekslingen mellom spekulasjondrevet og kraftprisdrevet kjøp viser at utvalget har et skjevt fokus. For det første: EF-domstolens avgjørelser om fri flyt av kapital og

⁹⁶ I Tyskland er det prognostisert at forbruket vil øke med ca 20 % innen 2020, se Frankfurter Allegemeine Zeitung 7. oktober 2006 s. 15.

⁹⁷ En tilsvarende mekanisme finnes i fiskeri ved gjennomføring av kvotesalg se Orebech, P (2005) p. 165-185.

⁹⁸ Konle Case [1999] ECR I-3099, paragraf 27-32.

nasjonale hindre viser at det nettopp er vernet av spekulasjonsgevinster som er «the driving force». Det er forskjell på investering i langsiktig eierskap og «daytrading». EF-domstolen tolker fri flyt av kapital i ultraliberal forstand:⁹⁹ Konesjonsordninger og skjønn skal vekk. Investor skal kunne selge kraftverk på samme måte som man selger vann på flasker.

For det annet: Standpunktet om at «vannfall med tidsbegrenset konsesjon er mer verdt enn et vannfall med tidsbegrenset konsesjon med hjemfall»,¹⁰⁰ ser helt bort i fra mulige spekulasjonsdrevet aksjesalg som er «the driving force» i kraftbransjen etter liberaliseringen. Dette aksentueres av at private eiere kan sitte med inntil 20 % eierandeler uten påhefte av hjemfall. Påstanden om at hjemfallsfritaket er støtte til kommunale eiere, er derfor ikke bevist.

Til sist skal nevnes et forhold som ikke er lett å få klar dokumentasjon for, men som antas i et hvert fall ikke å hemme de private eieres kamp mot hjemfallet. En behøver ikke å eie kraftverk for å etterspørre kraft eller rettigheter til å kjøpe kraft på ett eller annet fremtidig tidspunkt (futures). Gjennom Nord Pool Spot som er den nordiske kraftbørsen, kan hvem som helst få kontroll over store mengder kraft. Derfor kan en ikke se bort i fra at den egentlig grunnen til subsidie-anklagen mot hjemfallet er de private krafteiers «direkte uproduktive profittsøking» (DUP), dvs. ønsket om å høste den meget betydelige vindfallsgevinsten som oppstår dersom hjemfallet fjernes.

5 Konklusjon

Prinsipalt hevder jeg at spørsmålet om hjemfall er ulovlig statsstøtte, ikke kan avgjøres generelt, men må avgjøres konkret i forhold til aktører som rammes av hjemfall. Utvalget har ikke gjennomført noen vurderinger av om vilkårene for EØS - art. 61(1) er oppfylt i bestemt tilfelle. Utvalget har f.eks. ikke sannsynliggjort at prisen på elkraft i markedet som følge av hjemfallet har «påvirke[t] samhandelen mellom EØS -landene»,¹⁰¹ noe som må til for at art. 61(1) skal være anvendelig. Jeg anfører også at utvalget har overforenklet subsidieanalysen og satt et skjevt fokus på problemstillingen. Det er det norske segmentet – slik det faktisk ser ut med statlige, kommunale og private aktører – som skal vurderes opp i mot kraftmarkedet i de andre EØS-land. Det er her ikke et spørsmål om noen norske aktører har et konkurransefortrinn fordi hjemfallet behandler offentlige produsenter bedre enn private.

Det må skilles mellom eldre og yngre hjemfall. Heller ikke Utvalget mener at konsesjoner tildelt før 1. januar 1994 – EØS-avtalens ikrafttrede – er problematisk. Det er således kun for nye konsesjoner at spørsmålet om brudd på konkurransereglene reiser seg.

Subsidiært har jeg vist at Norge kan beholde hjemfallet også for tilfeller nyere enn 1994 ved å inngå privatrettslige avtaler om at kommunale verk yter vederlag for hjemfallsfritaket ved utløpet av kraftverkets sekstiende driftsår, for eksempel en grunnrenteleie.

Videre vil synspunktet om en evt. støtte til hjemfallsfrie kommunale verk forsvinne ved at Staten bestreber seg på å utlikne ulikheter som eksisterer mellom private som leier kraftverk og kommunalt eide, hjemfallsfrie verk. Dette kan skje ved at staten innfører avgifter eller skatter for kommunale eiere som reduserer forskjellen i lønnsomheten mellom eier og leier.

Nok et element i subsidievurderingen er at prisen på kraftverk ikke er kostnadsbasert, men markedsbestemt og -drevet. For private investorer vil spekulasjonsgevinsten ved kjøp og salg av aksjer, selskap eller kraft være viktigere enn avkastningen av produksjon og salg av kraft. For kjøper av vannfall vil hjemfallet komme til syne gjennom lavere pris på vannfallet enn ved kommunale, hjemfallsfrie kjøp. Tapet på hjemfallet tas av opprinnelige eier og ikke av utbygger. Vannfall som går til private for utbygging betales dårligere enn tilsvarende vannfall

⁹⁹ NOU 2004:26 Hjemfall s. 71 sp. 1.

¹⁰⁰ Op.cit. s. 230 sp.1.

¹⁰¹ Analysen er utførlig og grundig og jeg ser ingen grunn til å tvile på konklusjonene. Det har tydeligvis heller ikke Utvalget gjort, uten at det har fått konsekvenser for vurderingene i NOU'en.

som går til det offentlige. Utenlandske investorer i norsk kraftindustri med opparbeidet kapital fra segmenter utenfor norsk kraftproduksjon, er uten handikap sett i forhold til oppkjøp av kraftverk eller eierinteresser i slike verk. I kjøpsituasjonen vil private betale mindre enn kommunale for tilsvarende vannfallsrettigheter. I driftsperioden vil private grunnet raskere avskrivninger ta ut mer av grunnrenten enn kommunale verk. Ved hjemfallets inntreden vil bokført verdi av private anlegg stå i null. Men selv da kan anlegget enten selges til kommuner eller beholdes gjennom en avtale med staten om leasing eller tilbakekjøp.

Hjemfallet skal påvirke samhandelen mellom avtalepartene, dvs. skal påvirke handelen med kraft i den nordiske kraftbørs, Nord-Pool. Det er det først når forskjeller i den finansielle situasjon gir seg utslag i nedprising av kraft slik at handelen mellom Norge og andre nordiske land eller EU blir påvirket, at statsstøtten er ulovlig. Det er ikke tilfelle her fordi prisen på kraft har steget, ikke sunket etter at den hjemfallsfrie norske kraften har kommet på markedet.

Statlige reguleringer av private kontraktsforhold som har til følge at staten taper avgiftsinntekter faller utenfor regelverket. Hjemfallsreguleringen gjelder avtalen om eiendomsovergangens virkning i tid og er følgelig en reguleringer av private kjøperes kontraktsforhold. Tap av avgiftsinntekter i forhold til offentlige eiere kan iht. analysen til Bård Erlend Hansen,¹⁰² ikke regnes som brudd på EØS art. 61(1). Hjemfallstilfellene faller således utenfor støtteregelverket.

Men uansett, selv med et støtteelement i hjemfallsfritaket, så må *de minimis*-grensen være overskredet (EØS art. 61(1)). Små forskjeller er ikke regelbrudd fordi støtten må påvirke samhandelen merkbart for at forbudet gjelder. Forskjell som skyldes hjemfallet er ubetydelig, neddiskontert 1,7 % og intet brudd på art. 61. Angrepet på hjemfallet er direkte uproduktiv profittsøking (DUP) dvs. et sikring av vindfallsgevinsten for private etter 60 års drift.

Referanser:

Arbeidsgruppen for energispørsmål (1990) – nedsatt av statssekretærutvalget for EF-saker: «Norsk Energi og EFs indre marked» (avgitt 5 april).

Aune, F. R. (2003): Fremskrivninger for kraftmarkedet til 2020. Virkninger av utenlandskabler og fremskyndet gasskraftutbygging (SSB, 2003/11).

Blom, K. (1954): Prisloven med kommentar (Aschehoug).

Brøgger, Kr. Fr. (1951): Lov og Rett. Norsk juridisk og rettsøkonomisk oppslagsbok (Oslo).

Byatt, I. (2005): Europe's directive on service must not be diluted. Financial Times, 12 september.

Eckhoff, T. og Ø. Gjelsvik (1955): Prisloven av 26 juni 1953 Med kommentarer (Tanum).

EFTA Surveillance Authority (2002): Reasoned opinion delivered in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice regarding the acquisition of waterfalls in Norway of 20 February 2002, Case no 2029.

EFTA Surveillance Authority Decision (2004) of 30 June 2004 regarding certain derogations from electricity tax (Norway), sak nr. 55364, beslutning 149/04/COL.

Graver, H. P. og U. Sverdrup (2002): ESA – mer katolsk enn paven (NHO seminaret 8 april 2002).

Hansen, B. E. (2004): Avgiftsfritak og forholdet til statsstøttereglene i EØS-avtalen (IUSEF44 Oslo).

Lyng, J. (1958): Veksten i statens makt (Oslo).

Keilhaug, W. (1938): Det norske folks liv og historie. I vår egen tid (Oslo).

Minow, M. (2003): Public values in an era of privatization: public and private partnerships: accounting for the new religion, 116 Harv. L. Rev. 1229.

¹⁰² Analysen er utførlig og grundig og jeg ser ingen grunn til å tvile på konklusjonene. Det har tydeligvis heller ikke Utvalget gjort, uten at det har fått konsekvenser for vurderingene i NOU'en.

Posner, R. A. (2001): Antitrust law (The University of Chicago Press).

Sørgård, L. (2004): Partielt hjemfall, vedlegg 2 til NOU 2004:26 Hjemfall.

Shaw, J. (2000): Law of European Union 27 (Palgrave).

Ørebech, P. (2006): EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett s. 26 flg.

Orebech, P. (2005): What Restoration Schemes Can Do? Or Getting It All Right Without Fisheries Transferable Quotas, Ocean Development and International Law (p. 165-185.).

Ørebech, P. (1992): GATT-rett, EØS -rett eller EF-rett (Osmundsson, Oslo).

Ørebech, P. (1975): Tyngende vilkår ved begunstigende forvaltningsvedtak (Nr. 5 Stensilserie, Institutt for statsrett og folkerett, Oslo).